
REVISTA DE DERECHO UNED, NÚM. 7, 2010

RECEPCIÓN DE LA NOCIÓN ARBITRARIEDAD EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA.

SONIA CALAZA LÓPEZ

Profesora Titular de Derecho Procesal de la UNED

ANA MARÍA LÓPEZ GUIZÁN

Letrada del Consejo Consultivo de Galicia
Secretaria General

Resumen: Este trabajo analiza la recepción del concepto *arbitrariedad* en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española.

Abstract: This paper analyzes the reception of the concept *arbitrariness* in the Spanish Contencioso-Administrative Jurisdiction.

Palabras Clave: Jurisdicción Contencioso-Administrativa, arbitrariedad.

Keywords: Contencioso-Administrative Jurisdiction, arbitrariness.

Índice: 1.– Evolución etimológica del término arbitrariedad: acepciones hasta la significación actual. 2.–Motivación. Necesaria justificación en la creación, aplicación e interpretación del Derecho. 3.–Riesgos y manifestaciones de arbitrariedad en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. 4.–La noción de arbitrariedad administrativa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

1. EVOLUCIÓN ETIMOLÓGICA DEL TÉRMINO ARBITRARIEDAD: ACEPCIONES HASTA LA SIGNIFICACIÓN ACTUAL.

El sustantivo *arbitrariedad* deriva del adjetivo *arbitrario* procedente del latín *arbitrarius*. El término *arbitrarius* ha sido entendido, en sus orígenes, como todo acto o proceder que depende del *arbitrio*, sustantivo cuya única acepción es la relativa a independencia en la actuación, a la libertad de decisión y a la facultad de llevar la voluntad hasta sus últimas consecuencias.

Fernando Lázaro Carreter¹ ha indicado que el término *arbitrario*, en su acepción etimológica no peyorativa, se documenta abundantemente desde el siglo XVIII y que es, precisamente, en este siglo, con el padre Feijoo, cuando aparece el primer testimonio de la acepción moderna. Así, al referirse este último autor a la Astrología Judicial, califica dichos preceptos de «absolutamente arbitrarios, sin fundamento alguno ni de razón, ni de experiencia».

Locke y Montesquieu se anticiparon a la moderna concepción del término *arbitrariedad* al resaltar determinadas manifestaciones de dicho término en sus referencias a «lo despótico», a «lo tiránico», a «lo soberano» y, en este mismo sentido, el Barón de la Brede distinguió dos clases de tiranía: una real, que consiste en la violencia del Gobierno y, otra de opinión, que se deja sentir cuando los que gobiernan ordenan cosas opuestas a la manera de sentir de una nación². Ambas actuaciones son, como en adelante veremos, claras manifestaciones del actual contenido de la arbitrariedad, referidas, en este caso, a la soberanía del Ejecutivo, pero sin olvidar, ya desde el punto de partida, que también resulta predicable de los poderes legislativo y judicial.

Será, sin embargo, a partir de los comienzos del siglo XIX cuando, de acuerdo con Lázaro Carreter, el término que nos ocupa adquirirá definitivamente, sin perder, pese a ello, su significación original, un contenido peyorativo al comenzar a referirse a actos irrazonables, injustificables y dependientes únicamente del capricho.

Como es lógico, las circunstancias de la realidad social son enormemente cambiantes, tanto en el tiempo, como en el espacio y

¹ Vid., al respecto, FERNÁNDEZ, T.R., «De nuevo sobre el poder discrecional», n.º 80 REDA, 1993 y, posteriormente, «De la arbitrariedad de la Administración», Ed. Civitas, Madrid, 1994, p.155.

² Vid., MONTESQUIEU, «Del Espíritu de las Leyes», Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 204.

cualquier actuación llevada a cabo en una relación natural o jurídica, susceptible, en la actualidad, de ser tachada de *arbitraria* pudiera haber sido, ello no obstante, en un pasado no muy lejano, amparada por una explicación racional imperante en ese momento o, en su caso, llegar a ser, en un futuro próximo, una relación perfectamente justificada por la promulgación de una nueva ley o por un nuevo hábito o concepción de la vida, lo que, de un lado, torna todavía más compleja la concreción de la *arbitrariedad*, y, de otro, explica la amplitud de la definición que, de dicho término, se contiene en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «*todo acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o a las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho*».

La eventual crítica de la arbitrariedad de la Administración, realizada desde una perspectiva impersonal y global, no excluye, como es lógico, la responsabilidad de los titulares que componen dicho poder ejecutivo, en cuanto personas individuales, y en este sentido la doctrina más autorizada³ ha distinguido *arbitrariedad administrativa*, de *prevaricación* personal del funcionario, en tanto, en cuánto la primera se predica de la propia Administración y no de quiénes son titulares de sus órganos, mientras que en el caso de un ilícito penal, tan sólo se predica de personas físicas.

2. MOTIVACIÓN. NECESARIA JUSTIFICACIÓN EN LA CREACIÓN, APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.

Una de las más importantes manifestaciones de la arbitrariedad es la falta de justificación de los actos, decisiones y actuaciones jurídicas. Es ello, precisamente, lo que distingue la arbitrariedad de la discrecionalidad, en cuanto libertad estimativa de los poderes públicos, atribuida por la norma, y que precisa para su ejercicio de una justificación razonable. Como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «*lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la norma puede atribuir a los poderes públicos lo sigue siendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto*»⁴.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», RAP n° 30, 1959, p. 161.

⁴ STS de 5 de mayo de 1994, r. 3782

Si la mayoría de los comportamientos humanos han de tener justificación en la sociedad⁵, tanto más necesaria y hasta exigible resulta esta necesaria justificación en las actividades jurídicas llevadas a cabo por los poderes públicos, cuyo primordial objetivo es satisfacer los intereses generales, obrando con objetividad y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Las decisiones jurídicas no justificadas carecen absolutamente de contenido y, en consecuencia, han de considerarse *arbitrarias*. Si el fin último del Derecho es la Justicia, en el largo recorrido hacia la consecución de este objetivo, los titulares de los distintos poderes públicos han de justificar, necesariamente, cuantas decisiones adopten y motivar, al propio tiempo, cuantas actuaciones lleven a cabo. En este sentido, la doctrina⁶ que se ha ocupado del tema ha considerado «*lo arbitrario*» como «*lo contrario de razonable y jurídicamente lo opuesto polarmente a la justicia*».

La necesaria motivación de los actos jurídicos ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de nuestro Tribunal Constitucional, si bien cobra especial interés la sentencia 65/1990 de 5 de abril, merced a cuyo contenido ha quedado, perfectamente, consagrada la máxima en virtud de la cual «en el reproche de *arbitrariedad* debe incluirse, asimismo, el relativo a la lesión del valor «justicia» que consagra el artículo 1 de la Norma fundamental, porque este último concepto se utiliza por el órgano judicial en el sentido de regulación arbitraria y carente de justificación razonable».

Efectivamente, la mera voluntad de los poderes públicos, aún cuando surja de una reflexión espontánea racionalmente fundada, no constituye una razón de peso en la que apoyar la realidad jurídica.

Las actuaciones regladas consiguen su justificación mediante la subsunción del caso concreto enjuiciado en la normativa que regula dicha relación jurídica aquejada de *arbitrariedad*; pero aún en estos supuestos de aparente sencillez en la motivación demandada, no

⁵ Vid, en este sentido, la brillante reflexión de FERNANDEZ, T.R., al respecto: «todos valemos, al menos en términos de tendencia, lo que para los demás valen nuestras razones, y es bueno que así sea porque la igualdad que resulta de nuestra valoración en función del valor de nuestras propias razones es el fundamento último y la esencia misma de la convivencia democrática», en «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», REDA n° 83, 1994; posteriormente recogido en «De la arbitrariedad de la Administración», Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 217.

⁶ Así, GARCIA DE ENTERRIA, E., en «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», RAP n° 123, 1991, p. 214.

RECEPCIÓN DE LA NOCIÓN ARBITRARIEDAD EN...

siempre la ley es lo suficientemente clara como para llevarlos por un recto camino en el que esté asegurada la efectiva consecución⁷ esencial del Derecho.

El continuo desconocimiento del desarrollo de las actuaciones jurídicas en las que los particulares se ven envueltos, así como de las decisiones jurídicas que les afectan supone, sin duda, una manifestación de arbitrariedad, que vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que no se trata tanto de que la resolución, que afecta a su concreta situación jurídica sea la correcta, cuánto de concederles la oportunidad de conocer las normas que en Derecho les amparan.

La existencia de una justificación legal, por parte de los poderes públicos, así como la del compromiso de tratar, de igual forma, situaciones jurídicamente similares (compromiso de no quebrantar injustificadamente el precedente, de no romper con la justicia hecha realidad en el Derecho atentando contra la igualdad) supone una garantía de primera necesidad para los ciudadanos en un Estado de Derecho como el nuestro, donde la propia Constitución, en su artículo 9.3, garantiza la «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Este principio, como señala Villar Palasí, confluye íntimamente con otros principios consagrados en el artículo 9.3 como son el principio de legalidad, jerarquía normativa y responsabilidad de los poderes públicos.

En este sentido el artículo 24 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino también que ésta tenga un contenido jurídico y, al propio tiempo, no resulte arbitraria⁸. El precepto 120.3º de la CE, por su parte, establece, asimismo, que «las sentencias serán siempre motivadas».

Si partimos de la premisa consistente en que una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho a la obtención de una resolución motivada, hemos de advertir, paralelamente, que dicha resolución ha de contener, de un lado, los

⁷ A propósito de la interpretación de las normas jurídicas, ATIAS, C., ha afirmado, con notable acierto, que «el Derecho se está haciendo continuamente. El Derecho no es, sobreviene. Sobreviene sin esperanza de jamás terminar de hacerlo. Es camino, itinerario. Está a la espera de infinidad de decisiones que se apresta a justificar, mientras sus circunstancias concretas son aún desconocidas; en estas decisiones se cumple y perfecciona», en «Contra la arbitrariedad, teoría.», EDERSA, Madrid, 1988, p. 29.

⁸ SSTC 22/1994, de 27 de enero; 147/1999, de 4 de agosto; 10/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre; 100/2004, de 2 de junio; 96/2005, de 18 de abril.

elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión⁹ y, de otro, que esta motivación debe contener una fundamentación en Derecho¹⁰.

El fundamento de esta exigencia de motivación¹¹ se encuentra, de un lado, en la necesidad de exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; y de otro, en garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan.

La exigencia de la motivación de las sentencias está, asimismo, directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1º CE) y con el carácter vinculante que, para los Jueces y Magistrados, tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional¹².

El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, constituye, asimismo, a juicio del TC¹³, una garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.

La fundamentación en Derecho no incluye, según ha advertido el TC, un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales¹⁴, pero sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia¹⁵.

⁹ SSTC 58/1997, de 18 de marzo; 25/2000, de 31 de enero.

¹⁰ STC 147/1999, de 4 de agosto.

¹¹ SSTC 20/2003.

¹² SSTC 24/19990, de 15 de febrero; 35/2002, de 11 de febrero; 119/2003, de 16 de junio.

¹³ SSTC 112/1996, de 24 de junio; 87/2000, de 18 de septiembre; 8/2005, de 17 de enero.

¹⁴ SSTC 256/2000, de 30 de octubre; 82/2001, de 26 de marzo; 224/2003, de 15 de diciembre.

¹⁵ SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 87/2000, de 27 de marzo; 82/2001, de 26 de marzo; 221/2001, de 31 de octubre; 55/2003, de 24 de marzo; 7/2005, de 17 de enero; 223/2005, de 12 de septiembre.

¹⁶ SSTC 151/1994, de 23 de mayo; 160/1997, de 2 de octubre; 96/2005, de 18 de abril.

RECEPCIÓN DE LA NOCIÓN ARBITRARIEDAD EN...

En este sentido, el TC¹⁶ ha declarado que existe arbitrariedad cuando, aún constatada la existencia formal de argumentación, la resolución judicial resulta fruto de un mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo, lo que supone que la resolución judicial no es expresión de la Administración de justicia, sino mera apariencia de la misma y, por tanto, negación radical de la tutela judicial.

Asimismo, el propio Tribunal Constitucional¹⁷, consciente de que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro, ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento, la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachada de irrazonable y ha estimado, a tal efecto, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas.

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone, a los Jueces y Magistrados, el correlativo deber de cumplir con una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, sino que es suficiente, desde el prisma constitucional¹⁸, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi*.

La exteriorización del razonamiento judicial, en que consiste la motivación, efectuada «por remisión» –a la fundamentación contenida en otras resoluciones judiciales que resuelvan un supuesto sustancialmente igual, se entiende– satisface completamente la exigencia contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, y ello debido a que la técnica del «reenvío» o «remisión», en sí misma considerada, tal y como tiene afirmado el TC¹⁹, ni añade ni quita nada desde una perspectiva de garantía en comparación con la decisión que contiene explícitamente los razonamientos.

¹⁷ Vid., en este sentido, las SSTC 214/1999, de 29 de noviembre; 164/2002, de 17 de septiembre; 214/1999, de 29 de noviembre; 228/2005, de 12 de septiembre; 59/2006, de 27 de febrero; 109/2006, de 3 de abril; 215/2006, de 3 de julio y 11/2008, de 21 de enero.

¹⁸ SSTC 58/1997, de 18 de marzo; 171/2002, de 30 de septiembre; 119/2003, de 16 de junio; 196/2005, de 18 de julio.

¹⁹ SSTC 146/1990, de 1 de octubre; 108/2001, de 23 de abril; 171/2002, de 30 de septiembre.

3. RIESGOS Y MANIFESTACIONES DE ARBITRARIEDAD EN LOS PODERES EJECUTIVO, LEGISLATIVO Y JUDICIAL.

Resulta absolutamente necesario fijar una delimitación acerca del contenido de la *arbitrariedad* puesto que, tal y como tiene advertido nuestro Tribunal Constitucional²⁰, no afecta igualmente a los tres poderes del Estado.

El poder Ejecutivo incurre en una manifestación de arbitrariedad cuando infringe lo dispuesto, con carácter general, por el Ordenamiento Jurídico (vicio consistente en una infracción de la norma) o cuando se aparta sustancialmente de la finalidad perseguida por el mismo (lo que constituye una manifiesta desviación de poder).

El poder Legislativo, por su parte, se manifiesta arbitrario cuando quebranta, sin razonamiento ni justificación alguna, ante dos supuestos de hecho aparentemente similares, la satisfacción y efectiva realización de la igualdad, como valor superior del Ordenamiento Jurídico, al que debe sumisión y respeto, otorgando un distinto tratamiento a unos y a otros; sea este tratamiento determinante de una discriminación (en el supuesto de que dicho tratamiento otorgado, de manera individual, a unos particulares concretos, sea perjudicial en relación con el común concedido a la generalidad) o de un privilegio (cuando aquel tratamiento sea excepcionalmente beneficioso).

Finalmente, constituye una manifestación arbitraria del Poder Judicial, la ausencia total o parcial de la debida motivación de las sentencias, así como la injustificada inobservancia o violación del precedente.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de la obtención de una resolución suficientemente motivada²¹, que haga comprensible a las partes y, en general, a la sociedad²², el fundamento ra

²⁰ Así, pues, el Tribunal Constitucional, en sentencia 66/1985, estima que «la noción de arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisprudencia constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Administrativo.

²¹ Vid., SSTS de 16 de noviembre de 2004, r. 1317 y de 16 de diciembre de 2004, r. 1498.

²² Sobre qué deba entenderse por «argumentar» en la relación entre «derecho» y «argumentación», se remite al lector a ATIENZA, M., «Tras la justicia». Introducción al Derecho y al razonamiento jurídico», Ed. Ariel, Barcelona, 1993, pp. 121 y ss.

RECEPCIÓN DE LA NOCIÓN ARBITRARIEDAD EN...

cional, fáctico y jurídico²³, de la decisión judicial, que evite la arbitrariedad y, a su vez, posibilite su impugnación mediante los recursos que procedan²⁴.

El artículo 120.3º de la CE dispone que las sentencias serán siempre motivadas. El Tribunal Supremo²⁵ ha advertido, en reiterados pronunciamientos, que el deber de motivación exigido por el art. 120.3º de la CE se entiende cumplido cuando el órgano jurisdiccional ha explicado la interpretación y aplicación del Derecho que realiza, sin que ello comporte que el Tribunal de instancia deba efectuar, al propio tiempo, una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, bastando, en consecuencia, dar a conocer el motivo decisorio, con exclusión del mero voluntarismo y de la arbitrariedad que proscribe el art. 9.3º de la CE.

El derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección de derecho a una resolución motivada se satisface, en este sentido, con una resolución fundada, sin que sea exigible una determinada extensión o una respuesta puntual a cada uno de los argumentos dialécticos empleados por las partes²⁶.

La motivación de la sentencia penal ha de abarcar, según el TS²⁷, los tres aspectos siguientes: 1º. La fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones. 2º. La fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas. Y 3º. La fundamentación de las consecuencias penales y civiles derivadas de la individualización de la pena, así como, en su caso, las medidas de seguridad, responsabilidades civiles, costas judiciales y consecuencias accesorias.

²³ STS de 2 de octubre de 2009, r. 5501.

²⁴ La STS de 24 de septiembre de 2008, r. 5564 expone, de manera muy gráfica, que «la motivación, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, tiene la doble función de dar a conocer las reflexiones que conducen al fallo y facilitar su control a través de los recursos pertinentes, favoreciendo un más completo derecho a la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad (...), que implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad (STC 325/1994, de 12 de diciembre).

²⁵ Vid., ATS 354/2006, de 9 de febrero.

²⁶ SSTs de 8 de marzo de 2005, r. 3079; de 19 de diciembre de 2008, r. 677 y de 2 de octubre de 2009, r. 5501.

²⁷ STS de 1 de marzo de 2006.

La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, pero en cualquier caso una sentencia penal correcta debe contener una motivación completa, es decir, que abarque los tres elementos anteriormente indicados, con la extensión y profundidad proporcionadas a la mayor o menor complejidad de las cuestiones que ha de resolver²⁸.

No existe, desde luego, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación²⁹, pero sí a que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación³⁰ en cada caso concreto que permita conocer los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión³¹.

²⁸ STS de 19 de febrero de 2002, r. 258.

²⁹ En este sentido se ha manifestado TARUFFO, M., quién ha advertido que la motivación es un *discorso finito*, en el sentido en el que *finito* también es el número de proposiciones que lo conforman, toda vez que sus límites –esto es, los límites de la motivación– han de identificarse con los límites materiales de su extensión – esto es, con los límites de las pretensiones de las partes, a los que nosotros hemos venido denominando «congruencia»–, en «La motivazione della sentenza civile», Ed. Cedam, Padova, 1975, pp. 30 y 31.

³⁰ La STS de 7 de mayo de 2008, r. 2953, resulta muy ilustrativa a este respecto, cuando, con cita, entre otras, de la Sentencia de 18 de julio de 2007, r. 6070, expone que «la motivación de las sentencias no es, ciertamente, sólo una exigencia de legalidad ordinaria –art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los arts. 371 y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881–, sino que es también un mandato constitucional –art. 120.3 de la Constitución Española– por formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva –art. 24 de la Constitución Española–, como derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas, que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable. Ahora bien, tal exigencia constitucional de motivación no impone el deber de realizar una argumentación extensa ni de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que basta con que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que tal respuesta enlace con los extremos sometidos a debate. La resolución judicial debe ofrecer con suficiencia las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; de modo que ha de considerarse que presenta motivación suficiente cuando, como aquí sucede, la lectura de la resolución permite al recurrente conocer y comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Tribunal. El deber de motivación ha de cumplir la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir su eventual control jurisdiccional –Sentencias de 1 de junio de 1999, r. 4095 y de 22 de junio de 2000, r. 4431–; de manera que, satisfecha esa doble finalidad, se ha de considerar que concurre motivación suficiente siempre que sea racional y no arbitraria y no se encuentre basada en un error patente (pues entonces no cabe decir que se halle fundada en derecho –Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 2005–), aun cuando la fundamentación jurídica pueda calificarse de discutible –Sentencias de 20 de diciembre de 2000, r. 352 y de 12 de febrero de 2001, r. 1480 . No debe olvidarse que, como enseña la doctrina jurisprudencial de esta Sala, no es lo mismo falta de motivación que motivación satisfactoria para la parte –Sentencia de 15 de octubre de 2001, r. 8632 –; y que, en fin, debe distinguirse la ausencia de motivación, como infracción de un deber legal, de las peculiares interpretaciones de la valoración de la prue-

 RECEPCIÓN DE LA NOCIÓN ARBITRARIEDAD EN...

La exigencia constitucional de la tutela judicial efectiva se cumple, según el TS³², cuando se dicta una resolución razonablemente fundada en derecho, con independencia del contenido favorable o desfavorable, y de su acierto o desacierto³³, por lo que desde la perspectiva de la trasgresión del artículo 24 CE, se excluye la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente, por implicar, con arreglo a la doctrina constitucional, una forma de denegación de la tutela judicial efectiva.

Tanto la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, como los sujetos pasivos de una relación arbitraria o individuos afectados por una circunstancia aquejada de arbitrariedad, más convencidos cada vez del necesario dinamismo jurídico, así como de la vital importancia de las garantías constitucionalmente ofrecidas en un Estado de Derecho, se han afanado a lo largo de los tiempos en la lucha contra la arbitrariedad; lucha ciertamente agradecida aunque, desafortunadamente, interminable debido a que el mayor de los éxitos a que puede aspirar es a la consecución de un equilibrio que permita la sosegada convivencia entre los tan necesarios poderes, como los no menos imprescindibles derechos, libertades e intereses particulares.

4. LA NOCIÓN DE ARBITRARIEDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, la doctrina jurisprudencial, pese a sus manifiestos avances en orden a la distinción entre actos administrativos y actos de Gobierno, no era unánime en la determinación de las actuaciones

ba y de la fijación de los hechos probados, sin que en ningún caso pueda ampararse en la denuncia de la falta de motivación de las sentencias la revisión del acervo probatorio».

³¹ SSTC 8/2001, de 15 de enero; 13/2001, de 29 de enero y STS 97/2002, de 29 de enero, r. 97.

³² SSTS de 20 de octubre de 2005 y de 2 de octubre de 2009, r. 5501.

³³ Vid., en este sentido, la STS de 15 de junio de 2009, r. 3394, cuando expone que «una cosa es que la sentencia presente un razonamiento incongruente, como acusan los recurrentes y otra muy distinta, que los recurrentes no estén de acuerdo con la interpretación efectuada, lo que resulta intrascendente a los efectos del recurso, porque ello no produce indefensión, ya que como afirma la STC 1263/2004, de 23 diciembre, **la tutela judicial efectiva significa el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, no la satisfacción de las pretensiones, ni el acierto de la resolución**, como por otra parte señala la STC 1175/2004, de 30 noviembre (asimismo, SSTC 45/2003, 1118/2000, 50/1997 y 153/1995, entre otras)».

regladas (únicas susceptibles de fiscalización) y discrecionales de la Administración³⁴.

Como es sabido, la Ley de 1956 fue enormemente innovadora y supuso un extraordinario avance en la judicialización de la actividad administrativa, en cuanto que abrió la posibilidad de impugnación directa de disposiciones generales contrarias a Derecho o que infringiesen otras de superior jerarquía y, señaladamente, admitió expresamente la posibilidad de fiscalización de los actos discrecionales recogiendo diversas formas de control de los mismos, el más innovador de ellos, el llamado «control del fin».

Entiende la doctrina administrativista³⁵ que, si en todo acto discrecional hay elementos reglados, el control de estos elementos reglados permite un primer control externo de la regularidad de la potestad discrecional. Este control no plantea duda alguna pues, si la discrecionalidad es una potestad atribuida por el ordenamiento jurídico a la Administración, sólo puede producirse legítimamente cuando respeta esos elementos reglados que condicionan su atribución.

Especial mención merece en este punto el «control del fin» que dio lugar a la técnica de la desviación de poder, hallazgo del Consejo de Estado francés a partir de la constatación de que toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente, por la norma que atribuye la potestad para actuar. De este modo, si la autoridad u órgano de la Administración se apartan de dicho fin que condiciona el ejercicio de la competencia, el acto o decisión que se adopte en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado, pues los poderes ad-

³⁴ En efecto, escribe GARRIDO FALLA, nos encontramos con que, según el Tribunal Supremo, para saber si un acto administrativo emana o no de las facultades discrecionales de la Administración pública, hay que entrar en el fondo del asunto; otras veces, el Tribunal Supremo entra en el fondo del asunto, pero, por lo visto, no se da cuenta de ello, porque al final declara haber lugar a la excepción de incompetencia; en ocasiones, el Tribunal Supremo no entra en el fondo del asunto y acepta ad libitum la excepción de incompetencia por razón de la materia sobre que el acto administrativo versa; por último, en ciertos casos en que la Administración debe valorar una situación de hecho a través de un expediente, la jurisdicción contencioso-administrativa se declara incompetente para revisar las actuaciones de dicho expediente, mientras que en otras, también atribuidas en principio, a la discrecionalidad administrativa, se entiende por el contrario, «que la apreciación y valoración de pruebas practicadas compete en definitiva a esta jurisdicción contencioso-administrativa», en «El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa», RAP n° 13, 1954, p. 145.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 448.

RECEPCIÓN DE LA NOCIÓN ARBITRARIEDAD EN...

ministrativos no son abstractos u otorgados para un fin inconcreto, sino funcionales, otorgados por el ordenamiento jurídico para un fin específico; por ello, apartarse de dicho fin ciega a la actuación administrativa de legitimidad.

Pues bien, aunque nuestro Derecho recibió tardíamente esta técnica francesa de control de la actuación administrativa, la jurisprudencia la acogió inmediatamente, incluso en el enjuiciamiento de normas de carácter reglamentario. Pionera fue en este sentido la sentencia de 20 de febrero de 1959 de la Sala 5ª del Tribunal Supremo que, utilizando por vez primera en nuestro Derecho la técnica del recurso directo contra Reglamentos, entró a valorar el fondo del asunto, al margen de los criterios puramente formales, centrándose, casi con exclusividad, en la situación jurídica concreta y reaccionando con dureza frente a los posibles abusos cometidos por la Administración en el uso de sus facultades discrecionales.

Efectivamente, la citada sentencia declaró nula y sin ningún valor ni efecto, por ser contraria a Derecho, la Orden del Ministerio de Educación Nacional de 27 de marzo de 1959 en los apartados relativos al establecimiento de concretas obligaciones (profesar asignaturas distintas a la de su propia materia con el objeto de cubrir un horario semanal mínimo, entre otras) impuestas a los catedráticos de Enseñanza Media como condición indispensable para poder percibir ingresos adicionales en concepto de derechos obvencionales o tasas académicas.

El Tribunal Supremo impuso, decididamente, límites materiales a la potestad reglamentaria (y por tanto, eminentemente discrecional) de la Administración al entrar de lleno en el fondo de la cuestión, procurando, no ya apoyarse en las disposiciones legales jurídicamente quebrantadas por esta orden³⁶ (y que serían lógico soporte de una argumentación favorable a su nulidad en la medida en que atentasen contra la jerarquía normativa), sino realizar un meditado análisis, encaminado a lograr la mayor objetividad y proporcionalidad posible, en la valoración de la situación jurídica concreta en la que los profesores de Enseñanza media se encontraban en la realidad social del momento.

³⁶ Así pues, en clara superioridad jerárquica con la orden recurrida, La Ley de Ordenación de Enseñanza Media de 26 de febrero de 1953, en su artículo 44, concedía a los profesores de la mencionada disciplina el derecho a desempeñar las funciones de su cátedra titular, el artículo 51 reconocía que las pruebas de aptitud de cada asignatura se limitaban al conocimiento de la materia o especialidad científica concreta a impartir, una vez superada la oposición, asimismo en el título administrativo expedido se concretaría la materia o especialidad a impartir.

En este sentido, la pretendida extensión de las actividades docentes de los profesores de Enseñanza Media a materias distintas de las de su propia especialidad fue tachada por el Tribunal de «inadmisible» argumentando al respecto que «no existe precepto legal alguno que lo autorice, y, por el contrario, se opone a la naturaleza del cargo que desempeñan estos funcionarios».

La doctrina³⁷ que se pronunció a propósito de esta novedosa valoración del Tribunal Supremo, ha entendido que lo más significativo es la utilización de unos «principios y normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones» para oponerlos como un límite a la potestad reglamentaria, y no a meros actos administrativos, lo cual es, en cuanto nos consta, la primera vez que se hizo en nuestro Derecho.

Así pues, el Tribunal demanda a la Administración, además de una sólida base legal en la que apoyar una exigencia manifiestamente injustificada (y, consiguientemente arbitraria), razones objetivas, argumentaciones motivadas, fundamentos materiales y hasta propone nuevas soluciones al problema planteado, a la efectiva necesidad de cubrir un horario para el que probablemente no exista suficiente profesorado («por poder subvenir a ella –a la posible necesidad– se entiende) por otros medios más adecuados, cuales son las comisiones de servicio convenientemente recompensadas»).

En cuanto a la privación de la participación en los derechos obvenacionales que la orden recurrida trataba de imponer a los profesores que no cumpliesen el horario semanal, considerado mínimo en relación con su propia asignatura o con las afines, se pronuncia el Tribunal Supremo de manera tajante al manifestar que la misma «implica una sanción económica de extraordinaria gravedad, llegando a condenar a precaria situación económica a los por ella afectados (...) dada la reconocida insuficiencia del sueldo y su inadecuación, no solo a la importancia de la función pedagógica, al nivel cultural que su desempeño requiere, al esfuerzo intelectual a que obliga una preparación adecuada y a la dignidad con que deben ser dotados los órganos de tan indispensables funciones para el progreso y elevación moral de los pueblos como la justicia, la cultura y el Ejército, sino a las más imprescindibles y modestas necesidades del funcionario en el coste y nivel de vida impuesta por la contingente situación económica en los tiempos presentes».

³⁷ GARCIA DE ENTERRIA., E., «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», cit., p. 138.

RECEPCIÓN DE LA NOCIÓN ARBITRARIEDAD EN...

La resolución adoptada por el Tribunal Supremo supuso, claramente, un triunfo de los intereses particulares jurídicamente quebrantados frente al abuso cometido por la Administración, encubierto bajo una ficticia defensa de los intereses generales; lo que implicó una definitiva superación de la reducción de la inmunidad judicial respecto de las actuaciones de la Administración relativas a supuestos eminentemente reglados de infracción de una ley (garante de derechos subjetivos correspondientes al particular por ella protegido) o de invasión de materia reservada a la misma.

De no menor importancia en orden al avance que supuso esta nueva línea de actuación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fue la sentencia de 6 de julio de 1959, en la que se estimó un recurso contencioso dirigido contra una disposición reglamentaria, la Orden de la Presidencia de 17 de junio de 1958, de rectificación de la Orden de 15 de enero de 1958, sobre clasificación de plantillas y partidos veterinarios, por haber sufrido ésta, según se dijo, «algunos errores de hecho que es oportuno rectificar» (que concretamente consistían en la asignación al partido de Santisteban del Puerto, Jaén, de una plaza de veterinario, en tanto que la anterior Orden había asignado dos).

El Tribunal Supremo³⁸ no concretó solamente el resultado de su resolución en la infracción del precepto legal cuya debida observancia nunca debiera haberse omitido sino que fue más allá, entró en el fondo del asunto, analizando los posibles excesos cometidos por la Administración en el mal uso de su potestad discrecional; valoró la situación jurídica en cuestión, contrastándola con otras similares cuyo resultado, ante el mismo problema, fue más beneficioso.

Asimismo, el Tribunal³⁹ realizó una severa crítica a la actuación de la Administración basada en criterios fundamentalmente materia-

³⁸ Efectivamente, la Orden impugnada infringe lo dispuesto por el Reglamento de Personal de los Servicios Sanitarios Locales, de 27 de noviembre de 1953, en cuanto a la regulación de este a propósito del número de veterinarios titulares que corresponde a cada Municipio o Agrupación, comprendido dentro de los límites expresados según el censo de población, resultando evidente de la letra de estos artículos y conforme a sus tablas que en Santisteban del Puerto debe haber dos o tres titulares, nunca uno solo.

³⁹ Manifiesta, concretamente, lo siguiente: «Aparte de no ser admisible que se den por buenas todas las afirmaciones contenidas en los oficios que proponía la ilegalidad, sin hacer constatación alguna sobre su realidad o certeza, es más que censurable el que se omita toda estimación en orden a los documentos acompañados con el recurso de reposición y que no constituyen simples opiniones personales (...) sino certificaciones de acuerdos del Colegio Oficial de veterinarios de la provincia, del Ayuntamiento y de la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos, en los que se consignan datos suficientes para entender desvirtuados casi todos aquellos alegatos,

les, al considerar que supone un privilegio injustificable el que esta acepte *a priori* las argumentaciones de sus propios funcionarios, negándose no solo a atender las distintas razones propuestas por los particulares, sino incluso a comprobar los datos y pruebas en los que la posición mantenida por los mismos se ve apoyada.

Tanto la referencia que el Tribunal finalmente hará al principio de igualdad, como la remisión al valor justicia, y la utilización de la técnica de la desviación de poder, supusieron el comienzo de una nueva realidad en nuestro Derecho, realidad en la que la fiscalización de la actividad administrativa, ya sea en sus actividades regladas, ya en las discrecionales, estaba asegurada⁴⁰.

Así las cosas, en la actualidad la técnica del control del fin encuentra incluso refrendo constitucional en el artículo 106 de la Constitución española, al establecer como los tribunales controlarán, entre otros aspectos, la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican. Coherentemente con esta proclamación, el artículo 70 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa dispone, en su primer apartado, como *«la sentencia desestimaré el recurso contencioso administrativo cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados. La sentencia estimará, sin embargo, según prosigue este mismo artículo en su apartado segundo, el recurso contencioso administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico»*.

llegándose incluso con notable ligereza a informar, tanto la Dirección General de Sanidad como la Dirección General de Ganadería que los recurrentes no se apoyan en hechos, datos y pruebas documentales y que no existe suficiente argumentación... que obligue a modificar el criterio sustentado, lo que induce a suponer que ni siquiera fueron examinados los documentos de referencia».

⁴⁰ En este sentido, concluyó el Tribunal de la siguiente manera: «Nunca debió efectuarse una supresión de la segunda plaza de veterinario en aquella localidad, haciendo un distingo en orden a las otras citadas, ya que la similitud de circunstancias obligaba a una igualdad en la resolución, incluso en el ejercicio de las supuestas facultades discrecionales, pues de emplearlas en otra forma, aparte de no ser justo, entrañaría la existencia de una causa torpe en la resolución (...), con absoluto desprecio y abandono del interés general frente al particular, así como olvido de las normas y principios objetivos en que debía basarse la resolución, lo que constituiría una evidente desviación de poder en el ejercicio de las inexistentes facultades discrecionales, que, por lo tanto, tendría que subsanarse mediante la nulidad del acto administrativo por el cual se cometió».

RECEPCIÓN DE LA NOCIÓN ARBITRARIEDAD EN...

El «*ejercicio de potestades administrativas*» al que se refiere la ley abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la ley. Y la actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva. Incluso, aunque el terreno más apropiado para el empleo de la técnica de la desviación de poder es la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada de la Administración⁴¹.

Por otro lado, ha de notarse que para que se produzca desviación de poder, vicio de estricta legalidad cuyo control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales, no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado o interés particular del funcionario o agente, sino que basta que sea un fin, incluso público, distinto del previsto por la norma⁴².

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2001 entendió que lo que nuestra Ley de la Jurisdicción contencioso – administrativa designa como «*desviación de poder*» es un concepto de teoría general del derecho, ya que puede darse en cualquier sector del ordenamiento jurídico, si bien la denominación que suele emplearse es la de «*fraude de ley*». El fraude de ley, como el abuso de derecho, se produce cuando el titular de una potestad utiliza una determinada unidad jurídica, como puede ser la propia competencia, para fines distintos de los previstos en la ley. Pero entre fraude de ley y abuso de derecho, añade la citada sentencia, hay una diferencia de grado: el abuso de poder se produce de una forma tosca y la apreciación de su existencia es relativamente fácil; en cambio, el fraude de ley o desviación de poder supone el empleo de técnicas de sutileza extremada que, en ocasiones, hace difícil detectar y demostrar su existencia.

Precisamente por esta dificultad para demostrar la divergencia de fines que constituye la esencia de la desviación de poder, no se exige una prueba plena de la misma y así reiterada jurisprudencia afirma que para que pueda declararse la existencia de desviación de poder es suficiente la convicción moral que se forme el tribunal a la vista de los hechos que en cada caso resulten probados si bien no bastan las

⁴¹ Vid., en este sentido, las SSTS de 22 de abril de 1994, r. 2965, y de 16 de marzo de 1999, r. 2901.

⁴² SSTS de 11 de octubre de 1993, r. 7552, y de 22 de abril de 1994, r. 2965.

meras opiniones subjetivas o suspicacias carentes de apoyo objetivo. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1994, *«siendo generalmente grave la dificultad de la prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados...de los que un enlace lógico con el criterio humano derive la persecución de un fin no previsto por la norma»*⁴³.

Por otro lado, advierte la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de junio 2008, recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, que *«la prueba de los hechos que sirven de soporte a la desviación de poder corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidante del acto, aunque la regla debe conjugarse con el criterio de la facilidad, en virtud del principio de buena fe procesal, considerando que hay hechos fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, son de difícil acreditación para la otra»*.

Finalmente, aunque alguna sentencia ha señalado el carácter subsidiario⁴⁴ de la técnica de la desviación de poder, la línea jurisprudencial mayoritaria⁴⁵ opta por entender que la existencia de otras infracciones en la actuación administrativa no excluye, antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder.

BIBLIOGRAFÍA

ATIAS, C., «Contra la arbitrariedad, teoría.», EDERSA, Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ, T.R.,

— «De nuevo sobre el poder discrecional», n° 80 REDA, 1993.

— «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», REDA n° 83, 1994.

— «De la arbitrariedad de la Administración», Ed. Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.,

— «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», RAP n° 30, 1959, p. 161.

⁴³ SSTS de 3 de febrero de 2000, r. 4189, y de 24 de mayo de 2001, r. 2734.

⁴⁴ Vid., en este sentido, la STS de 5 de octubre de 1999, r. 7218.

⁴⁵ Vid., en este sentido, la STS de 16 de marzo de 1999, r. 2901.

RECEPCIÓN DE LA NOCIÓN ARBITRARIEDAD EN...

— «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», RAP n° 123, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., «Curso de Derecho Administrativo», tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

GARRIDO FALLA, «El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa», RAP n° 13, 1954.

MONTESQUIEU, «Del Espíritu de las Leyes», Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

TARUFFO, M., «La motivazione della sentenza civile», Ed. Cedam, Padova, 1975.

Esta monografía ha sido realizada en el marco de tres Proyectos de investigación: «La Reforma de la Justicia Penal» del Ministerio de Ciencia e Innovación, con referencia SEJ 2007-62039; «La Jurisdicción Voluntaria: un mandato legislativo pendiente de cumplimiento. Cuestiones generales», Ministerio de Ciencia e Innovación, con referencia DER 2008-06460-C02-01 y «Stop Hate Crimes in Europe», Programa Justicia Penal, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea, con referencia JLS/2009/JPEN/AG.

